

LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIAS EN LA EMPRESA
FAMILIAR

THE COMMUNITY PROPERTY IN FAMILY BUSINESS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 174-193



Carmen
BARRÓN LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: Este trabajo hace referencia a la repercusión que los regímenes económicos matrimoniales, concretamente el régimen de sociedad legal de gananciales, pueden tener en la empresa familiar, al desempeñarse por un cónyuge una actividad empresarial. Con esta finalidad, estudiaremos el carácter ganancial, privativo o mixto de la empresa familiar, así como las ganancias o pérdidas generadas por la misma.

Asimismo, examinaremos la disolución y liquidación del régimen matrimonial y la regulación de los derechos de adquisición preferente, basándonos en la adjudicación de la empresa al cónyuge empresario, cuestión fundamental para garantizar su continuidad tras la ruptura de la relación matrimonial.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de gananciales; empresa familiar; bienes privativos y gananciales; ganancias y deudas; disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; adjudicación al cónyuge empresario.

ABSTRACT: *This work refers to the repercussion that matrimonial property regimes, specifically the system of community property, can have on a family business when the business activity is performed by a spouse. To this end, we will study the marital, proprietary or mixed character of the family business as well as the profits or losses it generates.*

We will also examine the dissolution and liquidation of the matrimonial regime and regulation of preferential acquisition rights, based on the company being awarded to the entrepreneurial spouse, a fundamental issue to ensure its continuity after the breakdown of the marital relationship.

KEY WORDS: *Community property; family business; property and community property; profits and debts; dissolution and liquidation of community property; adjudication to the entrepreneurial spouse.*

SUMARIO.-I. LA EMPRESA FAMILIAR.-II. LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN LA EMPRESA FAMILIAR.- 1. El régimen de sociedad legal de gananciales.- 2. Carácter de la empresa familiar.- 3. Ganancias y deudas generadas por la empresa familiar.- III. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE AL CÓNYUGE EMPRESARIO.

I. LA EMPRESA FAMILIAR

Resulta notorio que la empresa familiar en España ha ganado gran peso en el tejido empresarial, representando un importante segmento de la actividad empresarial. La primera cuestión que nos planteamos es el concepto de empresa familiar, al estar incluidos en su denominación dos elementos, empresa y familia, en los que confluyen relaciones profesionales y afectivas, que aparentemente son antagónicas. Pues bien, podemos definir la empresa familiar como aquella cuya propiedad se encuentra con carácter predominante, en manos de una o varias familias (personas vinculadas por lazos afectivos) y cuyos miembros intervienen en la administración y dirección del negocio de forma determinante¹.

Esta definición nos lleva a plantearnos los dos ámbitos que engloba la empresa familiar, uno privado, con núcleo es la familia, basado en relaciones y vínculos afectivos que forman parte del ámbito más estricto de nuestra intimidad y, otro, de ámbito profesional o empresarial, regido por criterios de eficiencia, profesionalidad y racionalidad.

La empresa familiar mantiene su identidad de empresa, si bien, presenta una serie de características que la definen como empresa familiar, de manera que, la propiedad accionarial, el control y el gobierno, pertenecen a personas unidas por vínculos familiares, si bien, el rasgo que dota a la empresa familiar de un carácter diferencial, es que el objetivo estratégico de la empresa esté basado en la continuidad generacional, a fin de mantenerla en manos de la familia.

¹ ALONSO DAL MONTE, C. y NARANJO HERNÁNDEZ, M.J.: “Mediación en empresas familiares”, *Revista de Mediación*, 2012, núm. 10.

• **Carmen Barrón López**

Abogada. Correo electrónico: carbalo2@alumni.uv.es

En este sentido, GALLEGO² indica que nos encontramos ante una empresa familiar cuando se den una serie de requisitos, en primer lugar, la existencia de una empresa, sea civil o mercantil, e incluso una empresa individual con vocación de futuro; en segundo lugar, cuando la propiedad pertenezca a un grupo familiar y el gobierno estratégico y control resida en manos de familiares, aunque la gestión directa se deje en manos de profesionales; y la tercera, cuando exista voluntad y deseo de los miembros de la familia de mantenerla en el seno del grupo, como un legado a transmitir a las generaciones futuras, es decir, haya una vocación de continuidad.

En efecto, la empresa familiar debe tener una voluntad de permanencia más allá de las contingencias familiares que puedan acontecer, siendo esa idea de continuidad, la nota que caracteriza y configura la empresa familiar.

II. LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN LA EMPRESA FAMILIAR

Como bien es sabido, los cónyuges pueden pactar en capitulaciones un régimen económico matrimonial antes o después de contraer matrimonio. En el derecho civil común español, el régimen económico del matrimonio será el que fijen libremente los cónyuges, mediante el otorgamiento de capitulaciones; si bien, a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen supletorio será el de sociedad legal de gananciales, como establece el artículo 1316 del Código Civil, en adelante CC.

En nuestro CC se regulan tres tipos de regímenes económicos matrimoniales, que con brevedad trataremos posteriormente: el de sociedad legal de gananciales recogido en los artículos 1.344 a 1.410, el régimen de participación regulado en los artículos 1411 a 1.434 y el de separación de bienes establecido en los artículos 1435 a 1444.

La importancia de pactar un régimen matrimonial por los cónyuges es de vital importancia por la incidencia que los distintos regímenes matrimoniales pueden tener en la empresa familiar, en caso de que uno o ambos cónyuges desempeñen una actividad empresarial.

A pesar de que la empresa familiar puede adoptar diversas formas jurídicas, nos basaremos en la empresa familiar individual, ejercida por uno de los cónyuges y analizaremos la repercusión que, en este supuesto, tiene el régimen económico

2 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica", *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, 2012, núm. 14.

matrimonial, valorando los efectos que puede derivar sobre los bienes de los cónyuges y el patrimonio común familiar.

Pues bien, ya centrándonos en la figura de empresario individual en nuestro Derecho, en el artículo 1 del Código de Comercio, en adelante C Com, en su apartado primero, se señalan dos presupuestos necesarios para adquirir dicha condición, que son la capacidad legal para el ejercicio del comercio y la profesionalidad, es decir, el ejercicio habitual.

Dichos requisitos podemos completarlos, considerando empresario individual a la persona que, en nombre propio, se dedica profesional y públicamente al ejercicio de una actividad mercantil, comercial o industrial, contando para todo ello, con una organización, con la finalidad de obtener un lucro o beneficio, mediante la inversión y asunción de un riesgo³.

En este punto, resulta relevante examinar brevemente la diferencia entre los tres regímenes económico matrimoniales que pueden pactar los cónyuges, que radicará fundamentalmente en la existencia de un patrimonio común y en la vinculación de los bienes a las deudas contraídas.

De manera que, en el régimen de separación de bienes y participación, las ganancias o deudas se encuentran mucho más delimitadas en cuanto a su carácter privativo, al no generarse ganancias comunes, a diferencia del régimen de gananciales, en el que se constituye un patrimonio común a ambos cónyuges, que puede asimismo afectarse por las deudas contraídas.

En efecto, en el régimen de separación de bienes, pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo, así como los que adquiriera posteriormente por cualquier título, debiendo contribuir los cónyuges al sostenimiento de las cargas comunes. Así si el cónyuge comerciante se encuentra bajo un régimen de separación de bienes, conserva la titularidad exclusiva de los bienes que integran su patrimonio y los frutos y rentas provenientes de los mismos, ostentado su libre administración y disposición⁴. De la misma manera, las deudas contraídas serán de su exclusiva responsabilidad⁵.

3 CALVO MEIJIDE, A.: "Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos", *Actualidad Civil*, 2001, núm. 4, p. 1261.

4 El artículo 1437 del CC establece que en el régimen de separación: "pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes".

5 El artículo 1440 del CC por su parte establece que "Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad". Si bien, en el caso de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, establece que responderán ambos cónyuges, en base a lo establecido por los artículos 1319 y 1438. Los mencionados artículos hacen referencia a su vez al sostenimiento de las cargas del matrimonio, al que deberán contribuir ambos cónyuges, como establece el artículo 1438, mientras que el artículo 1319 respecto a las deudas contraídas establece una

En cuanto al régimen de participación, no tiene una gran diferencia con el régimen de separación bienes, que lo regula supletoriamente, conforme establece el artículo 1413 del CC. En este régimen, los cónyuges adquieren derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que haya estado vigente, correspondiendo a cada uno, la administración, disfrute y libre disposición, tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio, como de los que pueda adquirir después por cualquier título.

Al pactar los cónyuges en capitulaciones matrimoniales un régimen económico matrimonial de separación o participación de bienes, los beneficios y deudas empresariales obtenidos serán atribuibles exclusivamente al cónyuge titular, lo que claramente delimitará los efectos que dicha gestión empresarial puedan derivar sobre el patrimonio familiar, estableciendo núcleos independientes y con clara delimitación. Todo ello, sin perjuicio del sostenimiento a las cargas del matrimonio, a las que habrán de contribuir ambos cónyuges, aunque al no hacer unos bienes comunes, sean afrontadas con sus propios bienes.

A diferencia de los regímenes anteriores, la posible interrelación entre el patrimonio familiar y empresarial se producirá de forma generalizada en los supuestos en los que se haya pactado el régimen de sociedad legal de gananciales o en los que sea aplicable, por la ausencia de pacto expreso de régimen económico matrimonial.

Dicha vinculación patrimonial tendrá lugar no sólo por la presunción de ganancialidad de los bienes que establece el artículo 1361 del CC, que permite considerar como gananciales todos los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se demuestre que pertenece a uno de los cónyuges, sino también, por la repercusión de las deudas o la afección de los bienes de los cónyuges a los resultados de la actividad empresarial, como trataremos posteriormente. Asimismo, tendrá especial relevancia en caso de ruptura matrimonial. Tras la misma, y al haber desaparecido el régimen matrimonial, mientras no se haya procedido a la liquidación y adjudicación de los bienes, la pareja se encontrará en una sociedad postganancial, comunidad surgida en dicho periodo transitorio, como ha sido reconocida por la doctrina⁶ y extensa jurisprudencia, que concluirá cuando hayan desaparecido la masa común. Las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes pueden afectar gravemente la dinámica de la empresa en caso de dilatarse en el tiempo, pudiendo incluso poner en riesgo su continuidad.

responsabilidad inicial solidaria, de los bienes comunes con los del cónyuge que haya contraído la deuda, y subsidiariamente, de los bienes del otro cónyuge.

6 FERRANTE, A.: "La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia", en AA.VV.: *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (dir. C. LASARTE ALVAREZ), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004, pp. 158 y ss.

I. El régimen de sociedad legal de gananciales

La repercusión de dicho régimen matrimonial en la empresa o actividad comercial desempeñada por uno o dos de los cónyuges, será muy relevante, puesto que, en base a lo establecido en el artículo 1344 del CC se hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, atribuyéndoselos por mitad al disolverse aquella⁷.

En consecuencia, la posible situación de interrelación entre el patrimonio familiar y empresarial se producirá de forma generalizada en los supuestos en los que se haya pactado el régimen de la sociedad legal de gananciales o en los que sea aplicable, por ausencia de pacto expreso de un régimen económico matrimonial. Ante esta situación y partiendo de que nos encontramos en el supuesto de que uno de los cónyuges desempeñe una actividad empresarial como empresario individual, trataremos de discernir, qué bienes de los cónyuges o qué ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio se encontrarán vinculados a la actividad empresarial.

De la misma manera, será importante delimitar respecto de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de la actividad mercantil, qué bienes de los cónyuges o del matrimonio, se considerarán gananciales, y en qué circunstancias se encontrarán vinculados o podrán ser afectados por terceros para hacer efectivas las citadas responsabilidades.

Para ello, con carácter previo, debemos clarificar qué bienes de los cónyuges, entre lo que está considerada la empresa, tienen un carácter privativo, gananciales o una naturaleza mixta como bien privativo y ganancial⁸; para posteriormente, delimitar la naturaleza de las ganancias o frutos provenientes de los mismos y su posible afección a la marcha de la empresa familiar.

2. Carácter de la empresa familiar

En los artículos 1346 y 1347 del CC se establecen un listado de situaciones que determinarán el carácter privativo o ganancial de los bienes de los cónyuges, entre los que se encontrarán la empresa, haciendo alusión concreta a ésta, en alguno de los preceptos.

7 MIGUÉLEZ DEL RIO, C.: "La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su Sucesión", *Pecunia*, 2011, núm. 12, p. 73.

8 REYES LOPEZ M^a. J.: "El patrimonio del empresario familiar individual" en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación* (coord. por M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVILL), vol. 4, Boch, Barcelona, 2005, pp. 110-115.

Así en el artículo 1346 y siguientes del Código Civil, se establece que serán bienes privativos de cada cónyuge, los recogidos en determinados supuestos en base a una serie de criterios:

- Temporalidad: los que pertenecieren a uno de los cónyuges al constituirse la sociedad de gananciales. De manera que, rige un criterio de temporalidad, que determinará que la empresa tenga carácter privativo para uno de los cónyuges, siempre que dispusiera de ella antes de constituirse la sociedad legal de gananciales; lo que no tendrá que estar vinculado exclusivamente a la celebración del matrimonio, al haberse podido pactar con anterioridad otro régimen económico matrimonial.

- Gratuidad: cuando vigente la sociedad de gananciales fuese adquirida la empresa por alguno de los cónyuges a título gratuito. En este supuesto, no se determinará el carácter privativo de la empresa por la temporalidad, sino por el carácter de gratuidad de su adquisición, pudiéndola asimismo haber recibido por donación, legado o herencia.

- Subrogación: cuando fuere adquirida a costa o en sustitución de bienes privativos. De manera, que el carácter anteriormente privativo de un bien será el que determine el de la empresa, cuando haya sido adquirida en sustitución del bien anterior o sufragada por el mismo.

Asimismo, dicho criterio privativo se recoge en el apartado cuarto del mencionado artículo, haciendo referencia a cuando la empresa fuese adquirida en virtud de un retracto, puesto que, al tratarse de un derecho de adquisición preferente de un bien de carácter privativo, la empresa adquiriría tal carácter por derivación de este, pudiendo ser la sociedad de gananciales acreedora, en caso de haber sufragado crédito para dicha adquisición.

- Destino: los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, si bien, quedarán excluidos cuando sean:" parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común".

Las situaciones anteriores reflejan el carácter privativo que puede tener la empresa por el carácter de temporalidad, de gratuidad, de subrogación. Dichos criterios son asimismo recogidos en otros artículos del CC que establecen la determinación o presunción de carácter privativo o ganancial de un bien, en este caso, de la empresa:

- Temporalidad: vendrá reflejada en el artículo 1357, al determinar que, si la empresa hubiera sido adquirida a plazos, antes de constituirse la sociedad de gananciales, conservará el carácter privativo, aunque la totalidad o parte de estos

plazos se satisficieran durante esta, sin perjuicio de los reembolsos o reintegros que procediesen.

- El carácter privativo viene asimismo determinado en el artículo 1352 que establece que las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Igualmente tendrá el carácter privativo las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir, todo ello, sin perjuicio de los reembolsos oportunos si se hubiesen usado fondos comunes.

- Subrogación: derivada de la naturaleza del primer pago a plazos está recogido en el artículo 1356, estableciendo que cuando un bien hubiera sido adquirido a plazos constante la sociedad de gananciales tendrán naturaleza ganancial o privativo, si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero que no tuviese tal carácter, sin perjuicio de reembolsos correspondientes.

Por otra parte, el artículo 1347 del CC establece que la empresa será ganancial cuando concurren en ella los siguientes requisitos:

- Temporalidad: cuando la empresa o establecimiento haya sido fundado durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges, si bien, se añade en el apartado 5 del citado artículo, un requisito más, y es que lo hay sido a expensas de los bienes comunes. Si hubieran concurrido capital privativo y ganancial, se satisfarán igualmente los respectivos reembolsos.

- Onerosidad: cuando la empresa haya sido adquirida a título oneroso a costa del caudal común, ya se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges.

- Ganancialidad: a sensu contrario, se recoge asimismo la subrogación por ganancial, en el apartado cuarto del artículo 1347, estableciendo que, cuando fuese adquirida en un derecho de adquisición preferente procedente de un bien de carácter ganancial, la empresa adquiriría tal carácter.

En el apartado quinto del citado artículo se hace asimismo referencia al carácter ganancial de la empresa familiar, en caso de que hubiera sido fundada durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges a expensas de los bienes comunes, perteneciendo en proindiviso a la sociedad y al cónyuge en proporción al valor de sus respectivas aportaciones, si concurriese capital privado y común.

En el artículo 1361 del CC se establece una presunción de ganancialidad para todos los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se demuestre su carácter privativo, de manera que, la presunción tendrá que desestimarse mediante prueba en contrario, teniendo el carácter ganancial todos aquellos bienes que, por defecto, no tengan acreditado un carácter claramente privativo.

Por su parte, el artículo 1324, establece que la confesión de uno de los cónyuges será prueba suficiente del carácter privativo de bienes del otro cónyuge, si bien, únicamente dicha confesión no podrá perjudicar los derechos de los herederos forzosos del confesante, ni de los acreedores, sean de la comunidad de gananciales o de los cónyuges.

De manera que, el artículo 1361 establece una presunción de ganancialidad, respecto a terceros, sin necesidad de declaración o prueba, salvo prueba en contrario, en el artículo 1324 se establece la confesión como prueba suficiente entre los esposos, siempre que no perjudique a terceros. Dichos artículos son tratados en por la Audiencia Provincial de Valencia en una reciente sentencia de 14 marzo de 2019⁹ indicando que: “En cuanto a la confesión de privatividad prevista en el artículo 1324 CC citar la doctrina jurisprudencial recogida en sentencia de la AP, Ciudad Real sección I del 21 de junio de 2018: la doctrina que sobre el particular emana del TS, concretamente en su sentencia de 8 de octubre de 2004, razona: ‘a) Si bien el art. 1361 CC establece, como regla general, a falta de otra prueba o declaración al respecto, la presunción de ganancialidad de los bienes ‘existentes’ en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privacidad de los mismos, o de algunos de ellos, que en realidad lo son del cónyuge que así lo exija; existen otras normas, no obstante, que permiten alterar esa regla, como son la del art. 1355, por un lado, que autoriza a los citados cónyuges a establecer, de común acuerdo, la facultad de atribuir esa condición de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio; y, por otro lado, la del art. 1324, que a su vez, permite, mediante ‘confesión’ (declaración unilateral válida en Derecho) hecha por el que, de ellos, pueda resultar perjudicado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aún perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro (confesión, por otro lado, que sólo tiene efectos jurídicos entre los cónyuges o sus herederos, es decir, siempre que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, y sin que pueda trascender a los acreedores)”.

9 SAP Valencia 14 marzo 2019 (ROJ 2019, 431).

3. Ganancias y deudas generadas por la empresa familiar

El referido art. 1347 CC, indica en su apartado 2º, que serán gananciales los frutos, rentas o intereses, tanto hayan sido producidos por bienes privativos, como que tengan carácter de ganancial. De manera que, como hemos comentado anteriormente, la empresa será ganancial cuando se haya fundado por ambos cónyuges, siendo gananciales sus beneficios, incluso cuando sólo se haya creado por uno de los cónyuges, pero con bienes gananciales, formando parte de la sociedad de gananciales lo obtenido por el ejercicio de la profesión de cualquiera de los cónyuges¹⁰.

En cuanto a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa, referidos en el art. 1360 CC, con remisión a lo establecido 1359, tendrán el mismo carácter ganancial o privativo de los bienes que les afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.

En cuanto a las deudas, como hemos comentado anteriormente, el régimen económico matrimonial incidirá directamente sobre la capacidad de disposición o administración de los cónyuges sobre determinados bienes y sobre la vinculación de los bienes comunes a las resultas de su ejercicio, es decir, a las posibles deudas contraídas.

Pues bien, por una parte, debemos partir de la premisa de considerar deudas en el ejercicio del comercio a las generadas en el desarrollo de la actividad mercantil o comercial en sentido amplio, debiéndose presumirse que todos los actos que realiza el cónyuge comerciante son realizados en el ámbito de su esfera mercantil, por lo que, las deudas que contraigan compartirán también este carácter¹¹.

Por otra parte, será importante delimitar los bienes que se encontrarán vinculados por dicho ejercicio de la actividad empresarial. En este sentido, el art. 1365 CC establece que los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: "2º) en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes, y si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio".

Por ello, debemos acudir a la regulación del consentimiento en el ejercicio del comercio por persona casada, recogido en el art. 6 y siguientes de nuestro Código de Comercio, en adelante C.Com. En el citado art. 6, se establece que quedarán obligados a las resultas de dicha actividad, los bienes propios del cónyuge que

10 MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: "La empresa" cit., p. 77.

11 SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *Régimen económico matrimonial del comerciante*. Dykinson, Madrid, 1995, p. 127.

lo ejerza y los adquiridos por este ejercicio, si bien, establece que “para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges”.

De lo determinado en el citado artículo podemos extraer varias conclusiones. Por una parte, hay que considerar que dentro de los bienes gananciales podemos diferenciar dos categorías, los bienes adquiridos a resultas del comercio, con sus beneficios, que tendrán un tratamiento asimilado a los bienes del cónyuge comerciante y, los demás gananciales, que constituyen el patrimonio común de los cónyuges y para cuya disposición o vinculación será necesario el consentimiento de ambos cónyuges¹². Por otra parte, el referido artículo indica que se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, si bien, el cónyuge comerciante, no deberá prestar su consentimiento, al encontrarse siempre vinculado por el principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el art. 1911 CC respondiendo como cualquier otro deudor con sus bienes presentes y futuros de las obligaciones y responsabilidades que asuma, por lo que, dicho consentimiento parece más referido al del cónyuge no comerciante.

Pues bien, el régimen del consentimiento se encuentra recogido en los arts. 7 al 12 del C.Com., que regula el alcance de los bienes que quedarán afectos a la actividad empresarial, estableciéndose que deberá ser expreso o presunto, en función de dicho alcance.

Dicha cuestión será de vital importancia, ya que el consentimiento del cónyuge no comerciante determinará el abanico de bienes vinculados por las resultas de comercio, con las posibles deudas y obligaciones contraídas, pudiendo afectar no sólo al patrimonio familiar, constituido por el resto de los bienes gananciales, sino también, alcanzar los bienes privativos del cónyuge no comerciante.

Por ello, será fundamental clarificar ante qué bienes nos encontramos y como debe prestarse el consentimiento del cónyuge no comerciante para que puedan obligarse los bienes que excedan del ámbito del ejercicio empresarial, estableciéndose en los arts. 7 y 8 el consentimiento presunto, que se entenderá otorgado por el cónyuge no comerciante, cuando se ejerza “con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo” y, asimismo, cuando ya lo ejercía al contraer el matrimonio y lo continuará ejerciendo “sin oposición del otro”.

Con anterioridad a valorar dicho consentimiento, partimos de una premisa fundamental ya apuntada anteriormente, el régimen económico matrimonial

12 BELLO JANEIRO, D.: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 339.

pactado va a tener una gran repercusión en el supuesto de deudas contraídas por el cónyuge comerciante, concretamente el régimen de sociedad legal de gananciales, en que nos centramos. Puesto que, en el régimen de separación o de participación no existe responsabilidad del cónyuge no comerciante, de manera que, no se podrá extender la responsabilidad a los bienes comunes, porque no se generará dicha cotitularidad.

En el sistema de gananciales, el cónyuge comerciante responde con sus bienes propios y obliga los bienes adquiridos por las resultas del comercio o empresa pudiendo también quedar vinculados los demás bienes comunes si concurre el consentimiento del cónyuge no comerciante e incluso sus bienes privativos.

De tal forma que, cuando el cónyuge comerciante cuente con el consentimiento de su consorte, quedarán obligados a las resultas del ejercicio del comercio los bienes privativos del cónyuge que lo ejerza y todos los bienes gananciales; por el contrario, en defecto de consentimiento, sólo quedarán obligados los propios bienes del comerciante y los adquiridos con las resultas del comercio, que también serán gananciales. De lo que se deduce que para que se derive la responsabilidad de todos los bienes gananciales, por las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio del comercio, será necesario que concurra el consentimiento expreso o presunto del otro cónyuge.

Dicho consentimiento se entiende otorgado tácitamente cuando la profesión se ejerce por uno de los cónyuges de forma pública y notoria. Si bien, tratándose de los bienes del cónyuge del comerciante, el consentimiento ha de ser expreso, como señala el art. 9 del C. Com, por tanto, dicha extensión para vincular bienes privativos del cónyuge del comerciante, no quedará sujeta al consentimiento presunto, sino que, ha de ser expresa, por la grave trascendencia que puede tener para los mismos.

El consentimiento tanto expreso como presunto recogido en los artículos mencionados podrá ser revocado libremente y en todo momento como se establece en el art. 10, regulándose en el art. 11 el otorgamiento, oposición o revocación de dicho consentimiento deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, no pudiendo perjudicar los derechos de terceros adquiridos con anterioridad.

De manera que, todos los actos anteriores a la revocación del consentimiento serán válidos y no podrán ir en perjuicio de terceros, no pudiendo los cónyuges por la simple revocación del consentimiento eludir su responsabilidad frente a terceros.

La regulación del consentimiento anteriormente estudiada se ha de poner en relación con la normativa recogida en nuestro Código civil. Hay autores que consideran que dicha regulación es complementaria, al aplicarse fundamentalmente la regulación del Código de Comercio a regular las relaciones externas de un cónyuge con sus posibles acreedores, si bien, las relaciones internas entre cónyuges seguirán la disciplina del Código Civil en concreto los arts. 1362 y complementarios¹³.

Por lo tanto, para analizar este consentimiento hemos de considerar el sistema de responsabilidad establecido en los CC y C. Com y en este sentido, la STS 7 noviembre 2017¹⁴ indica que en el art. 6 C. Com se establece la sujeción a las resultas del comercio de los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, si bien, para que los demás bienes queden vinculados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges, sobre ello expone :” Pero el artículo 7 del propio Código establece que “se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo”. Esta regla debe ser integrada con el art. 1365.2 CC, en relación a la responsabilidad de los bienes gananciales, conforme al cual «responderán directamente de las deudas contraídas: 2º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio». Como recuerda la sentencia 755/2007, de 3 de julio: ‘Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el artículo 6 del Código de comercio no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito ‘cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo’ (sentencia de 7 de marzo de 2001, así como las de 22 de octubre de 1990 y 16 de febrero de 2006)’. Además, la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni, afianza (sentencias 868/2001, de 28 de septiembre; 620/2005, de 15 de julio; y 572/2008, de 12 de junio; entre otras muchas)”.

Por todo lo expuesto, concluir que el consentimiento del cónyuge del comerciante será relevante a efectos de determinar la extensión de bienes que podrán ser afectados por las deudas contraídas por éste, de manera que, sólo en caso que haya mediado el consentimiento del otro cónyuge se podrán extender a los bienes gananciales e incluso a los bienes propios del cónyuge del comerciante;

13 BELLO JANEIRO, D.: “La defensa”, cit., p. 445.

14 STS 7 noviembre 2017 (ROJ 2017, 3956).

quedando en defecto de consentimiento, limitada dicha responsabilidad a los bienes propios del comerciante y los bienes adquiridos con las resultas del ejercicio del comercio.

Dada la importancia de dicho consentimiento, no podemos olvidar que los actos administración o disposición que requieran que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, sin que se haya prestado, llevará consigo la anulabilidad de estos, por el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o por sus herederos, como establece el art. 1322 CC. Esta anulabilidad ha sido analizada en la STS 16 abril 2012¹⁵, en la que se indica: "Esta Sala, como la propia recurrente precisa, con cita de otras muchas, tiene declarado en la sentencia 5/2008, de 15 de enero , que 'el acto de disposición de un bien ganancial realizado por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro se puede anular -anulabilidad, no nulidad- (...) a instancia de aquel cuyo consentimiento se hubiera omitido (...), según lo dispuesto en el art. 1322 del Código Civil, que concreta la sanción legal prevista para el caso de no haberse dado cumplimiento a lo que dispone el 1377, conforme al cual, tratándose de la venta de un bien ganancial, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges', lo que ratifica la sentencia 558/2010, de 23 de septiembre . En el presente caso, está claro que la demandada doña Isabel, cónyuge que no había prestado su consentimiento a la disposición de las participaciones interpuso demanda reconventional en la que suplicó que se 'declare nulo por falta de consentimiento uxorio de mi principal en virtud de la acción de anulabilidad que subsidiariamente se ejercita'. Si lo que se pretende en el motivo es que el acto de disposición fue consentido por la expresada doña Isabel, incurriría en el insuperable defecto de hacer supuesto de la cuestión, dado que la sentencia recurrida afirma de forma clara, que, en el presente caso, ha de coincidirse con la sentencia de instancia en el rechazo de que haya mediado un consentimiento tácito".

III. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES Y DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE AL CÓNYUGE EMPRESARIO

La disolución del régimen económica matrimonial puede producirse por muy diversas causas que recoge en el art. 1392 CC: "la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo, cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges y, en último lugar, cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto".

¹⁵ STS 16 abril 2012 (ROJ 2012, 3072).

Asimismo, el 1393 CC¹⁶ recoge una serie de causas de a petición de uno de los cónyuges concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales.

Disuelta la sociedad de gananciales, se procederá a su liquidación, como indica el artículo 1396 CC, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.

En efecto, en aquellos casos en los que entre los cónyuges existe el régimen de gananciales, su disolución y liquidación llevará consigo la atribución a cada uno de los cónyuges de lo que le corresponda en la comunidad de bienes. Como bien es conocido, las discrepancias en estas situaciones de ruptura matrimonial, suelen versar sobre la formación del inventario y la adjudicación de determinados bienes, en función del grado de su afección personal y profesional con los mismos. En este supuesto, el interés del cónyuge que ha desempeñado una actividad empresarial será mantenerla y continuar con el control de esta, ello sin perjuicio de los derechos patrimoniales del otro cónyuge.

De manera que, estudiaremos en este punto la regulación establecida en nuestro CC para la atribución preferente de la empresa al cónyuge comerciante, en caso de disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales, que tiene como finalidad la continuidad en el ejercicio de su actividad empresarial y la salvaguarda de la empresa.

La cuestión tratada no es baladí al considerar el protagonismo de la empresa familiar en el tejido productivo de nuestro país, al representar papel fundamental en la creación de riqueza y empleo, y, asimismo, debemos tener en cuenta el elevado número de procedimientos judiciales de ruptura de la relación matrimonial.

Ante esta situación y conociendo el legislador de los efectos de dicha ruptura puede derivar en la empresa familiar, cuando entre los cónyuges rija el régimen de gananciales sin que hayan adoptado otros pactos que garanticen el mantenimiento y continuidad de la empresa, ha regulado preceptos para la preferente adquisición por el cónyuge comerciante o que ejerza una actividad profesional. En estos preceptos, consideramos que concurre una finalidad de protección doble, por una parte, la salvaguarda al cónyuge empresario o profesional que al regir en el matrimonio el régimen de sociedad legal de gananciales, puede verse perjudicado en la continuidad de su actividad al liquidarse dicho régimen y no adjudicarse la empresa o local para el ejercicio de su actividad y, por otra parte, se preserva

16 Las citadas causas son las siguientes: 1º Haber sido el otro cónyuge declarado judicialmente incapaz, pródigo, ausente, en concurso de acreedores o condenado por abandono de familia. 2º Por la realización del otro cónyuge de actos de disposición o gestión patrimonial que entrañen peligro para la sociedad de gananciales. 3º Separación de hecho por más de un año. 4º Por incumplimiento de forma grave y reiterada el deber de información al cónyuge (el que solicita la disolución) sobre los rendimientos y marcha de las actividades económicas.

la actividad empresarial o profesional en sí, garantizando su continuidad y desvinculándola de la ruptura de la sociedad matrimonial.

La ruptura de la relación matrimonial llevará consigo la disolución y liquidación de la comunidad de bienes existente entre los cónyuges, con la atribución a cada uno de determinados bienes. En la empresa familiar, las posibles discrepancias surgidas sobre su adjudicación a uno de los cónyuges, en caso de que el resto de los bienes o patrimonio sea suficiente para equilibrar los derechos del otro cónyuge, podrá llevar consigo no sólo que se altere la estructura accionarial de la empresa, sino que, si esta situación se dilata en el tiempo, su gestión se vea gravemente perjudicada. Por ello, analizaremos esta regulación que, al margen de los acuerdos estatutarios adoptados, establecen una salvaguarda de la empresa familiar, atendiendo con ello a esa voluntad de continuidad que la define, como hemos comentado anteriormente.

Así, en el art. 1406.2.º se establece el derecho de adjudicación preferente al cónyuge empresario: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 2.º La explotación económica que gestione efectivamente".

Este precepto en consonancia con lo señalado por algunos autores¹⁷ y lo expuesto anteriormente, tiene doble finalidad, por una parte, facilitar la conservación de la unidad económica, y por otra, proteger la continuidad de la empresa ante la disolución de la sociedad de gananciales por cualquiera causa, confiriendo este derecho de atribución preferente al cónyuge que ha venido desempeñando esa actividad empresarial. Con ello, se protege la continuidad de una explotación o empresa organizada que podrá ser adjudicada al cónyuge que ya la ha venía ejerciendo anteriormente.

Del mismo modo, el art. 1406.3º CC atribuye un derecho preferente a un cónyuge respecto del local en el que se viniese ejerciendo la profesión, lo que favorece la continuación de la actividad profesional desempeñada en el mismo.

La diferenciación entre ambos preceptos se basa en que el primero de ellos hace referencia a una explotación económica, entendida como unidad económica independiente, si bien, el segundo se encuentra referido más que una actividad en sí, al local en el que se ejercita, que no engloba la profesión que se ejercita en el mismo.

17 GARRIDO DE PALMA, V.M.: *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Reus, Madrid, 1985, pp. 19 y ss.

De manera que, en el 1406.3 CC el objeto de atribución preferente es el inmueble en el que esa actividad personal y profesional se desarrolla, siempre que sea ganancial.

Asimismo, el art. 1062 CC, aunque referido a la herencia, permite la adjudicación a uno de los interesados, como podrán ser los cónyuges, cuando una cosa sea indivisible o pierda valor por su división. Con esta adjudicación se evitará la pérdida de la cosa o la venta en pública subasta y se protege con la adjudicación al interesado, sin perjudicar al resto, que tendrán que ser compensados. Si bien, podrá ser vendida sólo en caso de que uno de los herederos pida su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños.

No podemos olvidar que el art. 1410 CC remite a las normas de la partición hereditaria para integrar el régimen de la sociedad de gananciales, recogándose esta misma situación de preferente adquisición de la empresa en el ámbito sucesorio, permitiendo el art. 1056 CC en los supuestos de explotación familiar, que el testador pueda atribuirle a algunos de los herederos, liquidando en metálico al resto su parte en la legítima. Dicho precepto refleja igualmente la voluntad de preservar la empresa familia y garantizar su continuidad, a pesar de las vicisitudes familiares acontecidas, reforzando nuevamente la ya referida idea de que uno de los rasgos definitorios e identificativos de la empresa familiar es su permanencia y vocación de continuidad, más allá de sus fundadores y de las contingencias familiares que sucedan y puedan afectar a esta, reforzando así su identidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DAL MONTE, C. y NARANJO HERNÁNDEZ, M.J.: “Mediación en empresas familiares”, *Revista de Mediación*, 2012, núm. 10.

BELLO JANEIRO, D.: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993.

CALVO MEJIDE, A.: “Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos”, *Actualidad Civil*, 2001, núm. 4.

FERRANTE, A.: “La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia”, en AA.VV.: *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (dir. C. LASARTE ALVAREZ), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, *Cuadernos de Reflexión de la Cátedra Prasa de Empresa Familiar*, 2012, núm. 14.

GARRIDO DE PALMA, V.M.: *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Reus, Madrid, 1985.

MIGUÉLEZ DEL RÍO, C.: “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, *Pecunia*, 2011, núm. 12.

REYES LÓPEZ M. J.: “El patrimonio del empresario familiar individual” en AA.VV.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación* (coord. por M. GARRIDO MELERO y J. M. FUGARDO ESTIVILL), vol. 4, Boch, Barcelona, 2005.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Dykinson, Madrid, 1995.

